

LA FACULTAD DE INDULTO Y SU EJERCICIO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
LOS INDULTOS A LOS CONDENADOS A PRISIÓN POR LA STS 459/2019
*THE FACULTY OF PARDON AND ITS EXERCISE. SOME CONSIDERATIONS ABOUT
THE PARDONS TO THOSE CONDEMNED TO PRISON BY STS 459/2019*

Enoch Albertí

*Catedrático de Derecho constitucional
Universitat de Barcelona*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo examinar algunas cuestiones generales en torno a la facultad de indultar especialmente relevantes en el caso de los indultos concedidos a las personas condenadas a prisión por la STS 459/2019, como la motivación que puede justificar los indultos —y especialmente la relativa a la utilidad pública, que remite a una decisión política— y a la posibilidad y alcance de su control judicial, a la luz de la nueva doctrina del Tribunal Supremo. El texto examina también algunas cuestiones que se suscitan de modo específico en estos indultos, como la aplicación o no de la prohibición de los autoindultos, la exigencia de arrepentimiento y su incidencia en la libertad ideológica, o el carácter parcial y condicionado de los mismos. En la medida en que estos indultos se sitúan en el marco del conflicto político de Cataluña, hay que verlos en su contexto, y por ello se tratan también, finalmente, algunas cuestiones vinculadas que aparecen en este debate, como la posibilidad de los indultos anticipados, la reforma del delito de sedición en el Código Penal o la posibilidad constitucional de una ley de amnistía.

PALABRAS CLAVE

Indulto, conflicto político de Cataluña, sedición, amnistía.

ABSTRACT

This article aims to examine some general issues around the power to pardon especially relevant in the case of pardons granted to people sentenced to prison by STS 459/2019, such as the motivation that can justify pardons —and especially that relating to public utility, which refers to a political decision— and to the possibility and scope of its judicial control, in light of the new doctrine of the Supreme Court. The text also examines some issues that arise specifically in these pardons, such as the application or not of the prohibition of self-pardons, the demand for repentance and its impact on ideological freedom, or their partial and conditioned nature. To the extent that these pardons are situated within the framework of the political conflict in Catalonia, they must be seen in their context, and for this reason some related issues that appear in this debate are also discussed, such as the possibility of anticipated pardons, the reform of the crime of sedition in the Penal Code or the constitutional possibility of an amnesty law.

KEYWORDS

Pardon, political conflict of Catalonia, sedition, amnesty.

DOI: doi.org/10.36151/td.2021.017

LA FACULTAD DE INDULTO Y SU EJERCICIO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS INDULTOS A LOS CONDENADOS A PRISIÓN POR LA STS 459/2019

Enoch Albertí

Catedrático de Derecho constitucional
Universitat de Barcelona

Sumario: 1. Introducción. 2. Indulto y Estado de Derecho. E. Motivación y control de los indultos. 3.1. La exigencia de motivación. 3.2. Las causas de justificación; la admisión de la concesión de indultos por motivos políticos. 3.3. Control político y control judicial. En especial, la ausencia de arbitrariedad. 4. Algunas cuestiones específicas en relación con los indultos de los condenados por la STS 459/2019. 4.1. La prohibición de autoindultos *ex art.* 102.3 CE. 4.2. La alegación de falta de arrepentimiento. 4.3. El carácter parcial de los indultos: la no remisión de la pena de inhabilitación absoluta. 4.4. El condicionamiento de los indultos. 5. Los indultos del *procés* en su contexto: la necesaria despenalización del conflicto político de Cataluña. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del llamado derecho de gracia ha generado, históricamente y hoy también, considerables polémicas tanto políticas como jurídicas que alcanzan a la propia institución del indulto. Según la exposición de motivos de la vigente Ley reguladora, de 1870, esta fue fruto del rechazo a los abusos con los se practicaba aquel derecho, y, en los últimos años, del repudio a casos específicos —entre ellos, los indultos concedidos a algunos condenados por el intento de golpe de Estado del 23F y por la guerra sucia del GAL, a algún juez pre-

varicador y expulsado de la carrera judicial, a algunos políticos corruptos o a un conductor homicida—, casos que han puesto en tela de juicio no solo el modo en que se ha ejercido esta facultad extraordinaria, sino su propia configuración jurídica e incluso la propia existencia de la potestad de indultar.

Los indultos concedidos mediante los Reales Decretos 456 a 464/2021, todos de 22 de junio, a las nueve personas condenadas a penas de prisión por la sentencia del Tribunal Supremo 459/2019 han generado también una notable polémica en la que vuelven a discutirse cuestiones fundamentales del régimen jurídico de la figura del indulto. Se trata de una polémica acentuada —y, sin duda, también influida— por la trascendencia política general de estas medidas, que van más allá de los concretos casos individuales. En las páginas que siguen no pretendo realizar un análisis general de la institución del indulto, sino solo algunas observaciones sobre alguno de los elementos que han emergido con mayor fuerza en esta polémica. En primer lugar, y como cuestión que enmarca el debate general sobre el indulto, no puede obviarse la difícil convivencia entre esta figura y el principio del Estado de Derecho. En segundo lugar, la exigencia de motivación en la concesión de indultos y las causas en las que puede ampararse. En tercer lugar, y estrechamente asociado al punto anterior, el corolario de su posibilidad de control, especialmente en sede judicial. Por las particularidades del caso, se examinan también, en cuarto lugar, algunas cuestiones que se han planteado especialmente en la concesión de estos indultos —entre otras, su carácter parcial y condicionado, la prohibición de los autoindultos, la exigencia de arrepentimiento, o el sentido del informe del tribunal sentenciador, particularmente en relación con la apreciación de motivos de utilidad pública. Y finalmente, no puede olvidarse que estos indultos se sitúan en un contexto más amplio: el conflicto político y constitucional de Cataluña, circunstancia que ha sido decisiva para que el debate que han suscitado se haya caracterizado por su fuerte carga política¹, y que obliga, por tanto, a situarlos en este marco, en el que aparecen otras cuestiones polémicas como la posibilidad de los indultos avanzados, la pertinencia de una ley de amnistía y la reforma del delito de sedición en el Código Penal.

2. INDULTO Y ESTADO DE DERECHO

El indulto y el principio del Estado de Derecho mantienen una convivencia que, cuando menos, puede calificarse como difícil. Su origen histórico, su íntima conexión con las prerrogativas del monarca *legibus solutus* y sus rasgos esenciales —su carácter discrecional, el hecho de que su concesión deje sin efecto sentencias penales y su frecuente ejercicio arbitrario, hablando en términos históricos— motivan que esta potestad encaje mal en el marco de la división de poderes, la preeminencia de la ley, el principio de igualdad y la existencia de una jurisdicción que imparte justicia de modo exclusivo e independiente. Aunque no se trata de repasar ahora las críticas que se han vertido contra la institución desde la Ilustración, conviene al menos dejar constancia de la oposición que genera, dado que se considerara una reminiscencia del pasado que tiene difícil cabida en el marco de un

Estado constitucional construido sobre los pilares del Estado de derecho, la igualdad ante la ley y la división de poderes².

En general, estas críticas están bien fundadas y, ciertamente, la institución del indulto genera instintivamente una cierta repulsión constitucional. Sin embargo, también es cierto que se trata de una figura con una muy larga trayectoria histórica que se ha incorporado al Estado constitucional en prácticamente todos los países de nuestro entorno y que ha estado presente en ellos, y en España, a lo largo de toda su historia constitucional. Algún aspecto positivo debe de tener para haber sobrevivido tanto tiempo bajo regímenes políticos y judiciales tan distintos. Y lo que tiene —y constituye su esencia— es que permite atemperar la aplicación de la ley, penal en este caso, cuando sus consecuencias se consideran excesivas, injustas o no adecuadas³. Esta función de flexibilización de la aplicación de la ley es lo que ha propiciado la subsistencia de la institución del indulto, desligada ya de la voluntad omnímoda y, por tanto, eventualmente arbitraria, del monarca, y lo que muy probablemente determinará su mantenimiento en el futuro. No pervivirá como una institución obsoleta, sino como una llave que permita corregir los efectos indeseados de la aplicación judicial de la ley. Naturalmente, el modo en que opera este instrumento ha cambiado con el tiempo, y actualmente debe acomodarse a las exigencias del Estado constitucional. Esta exigencia ha introducido cambios muy importantes en la configuración de la institución y en su régimen jurídico. No obstante, su esencia sigue siendo la misma: corregir, desde el propio sistema, los efectos producidos por una condena judicial. Quién puede hacerlo —esto es, quién debe tener la capacidad de realizar el juicio de valor mediante el cual se consideran indeseados los efectos de una sentencia—, cómo debe hacerlo, cuáles son los motivos aceptables para hacerlo, qué efectos conlleva, y quién y cómo puede controlar el ejercicio de este poder son, todas ellas, cuestiones decisivas que deben encontrar una respuesta congruente con el sistema constitucional en el que se inserta la facultad de indulto.

En este sentido, no se trata tanto de realizar una tacha general de la institución del indulto cuanto de configurarlo de tal manera que encaje en el sistema jurídico correspondiente como un elemento más que forma parte del mismo. Y ello sin que pierda su esencia última, sin la cual el indulto dejaría de ser lo que es para convertirse en otra cosa: un modo de dejar sin efecto las consecuencias penales de una decisión judicial.

Naturalmente, a esta cuestión puede responderse negativamente, en el sentido de que aquel encaje o acomodo no es posible en un sistema constitucional basado en el Estado de Derecho, la igualdad de la ley, la división de poderes y la exclusividad e independencia del poder judicial. Sin embargo, otra forma de percibirlo es considerar el sistema en su conjunto —que, como se ha dicho, incluye en la realidad, aquí y en la practica totalidad de países, la figura del indulto— y, por lo por tanto, interpretar estos principios de modo que consientan la existencia de esta institución, no en abstracto o desde concepciones ideales preestablecidas, de una parte, y acomodar la figura del indulto, en su concreta configuración, lejos ya de la prerrogativa real del derecho de gracia, a estos principios estructurales básicos del Estado constitucional, de otra. Esta doble consideración abre la posibilidad de permitir el establecimiento de este instrumento de inexecución de sentencias penales y de

configurarlo como un mecanismo de carácter excepcional, limitado, de ejercicio debidamente justificado y sujeto a control.

Sobre el carácter excepcional del indulto no parece que quepan dudas. No solo por razones dogmáticas, sino también porque quien puede usar esta válvula de escape para corregir efectos que reputa indeseados tiene la posibilidad de enmendarlos también mediante instrumentos ordinarios si aquellos se producen con frecuencia o incluso de forma generalizada. Resultaría, desde luego, una grave anomalía del sistema que hubiera de recurrir al mecanismo del indulto para resolver efectos negativos producidos con carácter general o habitual por la aplicación de una ley penal. Su excepcionalidad le confiere necesariamente también un carácter limitado. De ahí, entre otras consecuencias, las cautelas adicionales respecto de los indultos generales en la Ley de 1870, y la prohibición de los mismos en las Constituciones de 1931 (art. 102) y de 1978 (art. 62 i)).

Ahora bien, mayores problemas, todos ellos presentes en el caso concreto abordado en estas páginas, surgen en relación con la justificación del ejercicio de la potestad de indulto y con su control. A continuación se realizan algunas observaciones sobre estos extremos.

3. MOTIVACIÓN Y CONTROL DE LOS INDULTOS

La exigencia de que el ejercicio de la potestad de indulto esté justificado constituye la idea central de la Ley del Indulto de 18 de junio de 1870, primera norma de rango legal que reguló esta facultad real que, como es de sobra conocido, sigue vigente hoy con muy pocas modificaciones. Esta idea esencial está claramente expresada en su exposición de motivos y plasmada en el texto normativo mediante dos líneas básicas: el establecimiento de un procedimiento y la exigencia de motivación. La primera exigencia debe servir para que los indultos no se concedan «[...] sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas las circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social». Y, dado su carácter excepcional, «[...] es necesario poner fuertes trabas a la (libertad) de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del tribunal que haya sentenciado al reo y la del Consejo de Estado. Ilustrado así el Gobierno, no son de temer las consecuencias de la precipitación y ligereza en tan delicada materia». La segunda se expresa en la determinación taxativa de los criterios en los que debe basarse el indulto (justicia, equidad o conveniencia social) y en la forma que debe adoptar la concesión del indulto: un decreto motivado del Consejo de Ministros, «[...] a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional».

Interesa aquí especialmente tratar esta segunda cuestión, la motivación del indulto, abordando los aspectos procedimentales solo en la medida en que tengan que ver con ella, y que, como se verá, tienen trascendencia para la misma.

3.1. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN

La Ley de 1870 es clara en cuanto a la exigencia de motivar la concesión de los indultos. No solo la exposición de motivos de la ley se refiere explícitamente a ella, como se ha dicho, sino que también se prevé expresamente en su articulado. La formación del expediente, que debe contener determinados informes razonados, así como el requisito de que se conceda mediante decreto motivado del Consejo de Ministros, dejan muy poco lugar a la duda en esta cuestión⁴.

Tampoco debería generar dudas sobre esta exigencia la reforma introducida por la Ley 1/1988, de 14 de enero, que modificó, entre otros, el art. 30 de la Ley de 1870 sustituyendo la expresión «[...] decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta» por «[...] Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado»⁵. Tanto si se entiende que la finalidad de esta modificación era simplemente adecuar la terminología —esa fue la justificación de la enmienda parlamentaria que dio lugar al nuevo texto⁶— como si se recurre a los requerimientos generales de justificación de las actuaciones públicas, que prohíben la arbitrariedad⁷, parece indudable que la concesión de indultos no puede quedar librada a la absoluta autonomía decisoria del órgano al que se concede esta facultad, sino que debe basarse en motivos razonables. Distinta es la cuestión de cuáles pueden ser estos motivos razonables, sobre la que se volverá después, así como el carácter de la exigencia de motivación y su concreta formalización, que incluye tanto su extensión y calidad como su publicidad.

Ahora bien, como ha señalado repetidamente el Tribunal Supremo⁸, la exigencia de motivación no es la misma que se aplica a los actos administrativos. Y no porque el poder de conceder indultos no sea una potestad administrativa, sino una facultad política, puesto que calificar una determinada actuación de un modo u otro a veces es el resultado de su régimen jurídico, más que su presupuesto; tampoco porque su objetivo sea evitar la arbitrariedad, pues esta es también la finalidad última de la motivación de los actos administrativos y del control que llevan aparejados. La diferencia esencial, entiendo, radica en el carácter completamente discrecional de la concesión del indulto (en el sentido de que no existe un derecho al indulto, y que este, a pesar de que concurran los presupuestos necesarios, puede ser otorgado o no) y, sobre todo, en la naturaleza de los motivos en que debe basarse su concesión (justicia, equidad y utilidad pública), que necesariamente remiten a una valoración que solo puede realizar el órgano que tiene la facultad de otorgarlos. Estas dos características esenciales del indulto configuran la exigencia de motivación —y, en consecuencia, también su control, como se verá— de un modo distinto a cómo opera respecto de las actuaciones administrativas, y ello afecta especialmente, por lo que ahora interesa, a su formalización.

En el ejercicio de la potestad de indultar deben conjugarse la libertad de apreciación y de decisión con la interdicción de la arbitrariedad, lo cual también determina decisivamente el tipo de control al que puede someterse tal ejercicio, cuestión que será tratada en el apartado siguiente. En esencia, motivar un indulto significa excluir su arbitrariedad. En la medida en que la propia Ley de Indultos establece unas causas de justificación, se trata

de subsumir racionalmente el indulto concedido en alguno de estos motivos, de modo que pueda presentarse con la cobertura de una causa justificante. Desde el punto de vista de su formalización, basta con que la motivación sea suficiente en extensión y calidad para poder justificar que el indulto se basa en alguna de las causas o criterios que lo legitiman, en el sentido de que en el caso concurren los motivos que permiten su concesión, aunque después, naturalmente, la valoración del cumplimiento de este requisito de suficiencia puede resultar polémica. La motivación, además, no tiene porqué formalizarse en el decreto de concesión, sino que basta con que derive del expediente en su conjunto. En este sentido, hay que señalar que la necesaria protección de la intimidad puede desplazar la motivación del decreto de concesión al expediente previo, de modo que aquel contenga solo genéricamente el motivo que justifica el indulto en el caso concreto y se remita después al expediente, de acceso limitado y orientado a su eventual control. En todo caso, parece claro que la reforma de 1988 no puede suponer un paso atrás respecto de la Ley original de 1870, que en buena medida confió el fin de los abusos en la concesión de indultos precisamente a la exigencia de motivación.

3.2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: LA ADMISIÓN DE LA CONCESIÓN DE INDULTOS POR MOTIVOS POLÍTICOS

La Ley de 1870 (en su versión reformada de 1988, que en este extremo mantiene la original, con la única supresión del Informe del Consejo de Estado) dispone: «El indulto total se otorgará a los penados tan solo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador [...]» (art. 11). El hecho de que esta exigencia se refiera al informe del tribunal sentenciador, y su apreciación positiva se establezca como condición de la concesión de un indulto total, no excluye, naturalmente, que estas mismas causas deban concurrir con carácter general para la concesión de cualquier indulto. La cuestión es que, si el tribunal sentenciador (antes, también el Consejo de Estado) no aprecia alguno de estos motivos, no puede concederse el indulto total, que queda en consecuencia condicionado al informe favorable del órgano judicial que impuso la pena. Se trata de una limitación del ejercicio de la facultad de indultar, pero no de una exclusión de la exigencia de motivación para aquellos indultos que no remitan totalmente la pena que otorgue así una libertad absoluta para conceder indultos parciales. Las razones indicadas en el apartado precedente avalan esta posición, de modo que la facultad de indultar no puede configurarse en parte, cuando se trate de indultos parciales, en términos de absoluto arbitrio del órgano que puede ejercerla.

Admitida la necesidad de motivar cualquier indulto en los términos expuestos, la cuestión reside en los criterios para realizar tal motivación. Para ello, no debe haber muchos problemas en admitir que son alegables los criterios que menciona el art. 11 de la Ley, pues en realidad cubren el amplio elenco de posibilidades existentes para justificar que un indulto no ha sido concedido de forma arbitraria.

La justicia y la equidad constituyen motivos referidos a las circunstancias de la persona en el caso concreto, que pueden aconsejar remitir, en todo o en parte, la pena

impuesta por un tribunal. Eso es lo que puede ocurrir cuando el proceso ha tenido dilaciones indebidas y se han modificado sustancialmente las circunstancias de la persona, o cuando esta pudiera sufrir un perjuicio desproporcionado por el cumplimiento de la pena, o cuando la propia pena, impuesta por mandato legal, se considera excesiva en atención a los hechos, la persona condenada o los daños producidos respecto de las finalidades de prevención y de reinserción que debe cumplir. El Gobierno, como titular de la facultad de indultar, puede considerar la edad, la salud o el estado de la persona condenada, su contexto social y familiar, sus responsabilidades familiares, su propia conducta y sus antecedentes, así como cualquier otra circunstancia individual, familiar y social para valorar las consecuencias del cumplimiento de la pena impuesta y decidir su condonación, en todo o en parte, a la luz de los efectos que causaría en la persona y su entorno. Se trata, en todo caso, de aplicar un genérico criterio de justicia o de equidad para mitigar o incluso eliminar los efectos de condena penal. Justicia y equidad cubren todo el espectro de consideraciones de carácter individual que pueden justificar la concesión de un indulto, y precisamente porque se basa en alguna de estas razones, no resulta arbitrario.

Pero la Ley de Indultos, al introducir la utilidad pública, prevé también un motivo de carácter general que trasciende las circunstancias individuales de las personas condenadas. El criterio de utilidad pública es un concepto jurídico indeterminado que solo puede especificarse y adquirir sentido en términos políticos. El motivo de utilidad pública equivale, en realidad, a decisión política: el órgano titular de la facultad de indulto considera que la remisión, total o parcial, de la pena impuesta por un tribunal, es conveniente para conseguir ciertos objetivos⁹. Y este juicio de oportunidad solo puede realizarlo, a efectos de conceder o no el indulto, el órgano que tiene atribuida esta facultad.

El hecho de que el tribunal deba hacer constar en su informe si aprecia la concurrencia de motivos de utilidad pública no enturbia esta conclusión: el tribunal expresa su opinión (entendiendo que debería hacerlo de forma limitada y circunscrita a sus funciones, lo que reduce muy notablemente el ámbito de su pronunciamiento en este aspecto), pero esta no es concluyente ni definitiva, no es decisoria ni vincula al Gobierno; y además, no tiene por qué proyectarse sobre la conveniencia política de la concesión o denegación de un indulto, (sino exclusivamente sobre los aspectos que sean propios de la jurisdicción), pues ello supondría claramente un desbordamiento de sus funciones. Por tanto, el Gobierno puede considerar, bajo la perspectiva de la utilidad pública, elementos y aspectos no solo no considerados por el tribunal sentenciador que en puridad este no debería contemplar, sino también hacerlo en un sentido completamente distinto al modo en que lo ha hecho el tribunal, en caso de que este se haya pronunciado al respecto. El criterio político del Gobierno, la apreciación que haga en un caso concreto de la utilidad pública de la concesión de un indulto, constituye propiamente un juicio de oportunidad político en sentido estricto que solo a él le corresponde y que no puede ser reemplazado por el de ningún otro órgano, incluido el tribunal sentenciador o el tribunal a quien compete el control judicial de esta decisión.

3.3. CONTROL POLÍTICO Y CONTROL JUDICIAL. EN ESPECIAL, LA AUSENCIA DE ARBITRARIEDAD

El ejercicio de la facultad de indultar, como todas las actuaciones del Gobierno, se halla sometido a control. Hay, desde luego, un control de carácter político, en la medida en que el Gobierno responde en general de su gestión política, dentro de la que cabe situar esta facultad, ante el Congreso de los Diputados (art. 108 CE). Por tanto, a través de los instrumentos correspondientes de control parlamentario, incluyendo su máxima expresión, la moción de censura, cabe exigir la responsabilidad política del Gobierno por el ejercicio de esta facultad.

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión más problemática es, además, si cabe un control judicial de la facultad de conceder el indulto. La respuesta que ha venido dándose es que, en la medida en que el ejercicio de tal facultad está sometido por ley a ciertos procedimientos y formalidades, cabe en efecto el control judicial de su cumplimiento. Aplicando la doctrina del control de los elementos reglados de los actos políticos (si no se considera obsoleta esta categoría, o de los actos de ejercicio de potestades políticas o incluso de los actos discrecionales en general), el Tribunal Supremo ha considerado tradicionalmente, al menos a partir de la Constitución de 1978, que podía controlar la legalidad de los elementos reglados de los indultos: fundamentalmente, procedimiento y forma, incluyendo los requisitos y los límites que establecen la Constitución y la Ley de Indultos¹⁰. En cambio, esta doctrina tradicional del Tribunal Supremo consideraba que el control judicial no se extendía a la propia decisión sobre el indulto ni a su motivación. Expresivamente, la STS de 29 de mayo de 2013 declaró que el alcance del control jurisdiccional sobre los acuerdos de indulto no se extiende «[...] a los defectos de motivación ni, por supuesto, a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo».

Sin embargo, poco tiempo después de dictar esta resolución, el mismo Tribunal Supremo, en la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, modificó esta doctrina y admitió la posibilidad de «[...] controlar el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos»¹¹. Hay que tener en cuenta, de entrada, que se trataba de un recurso contra la concesión de un indulto (no contra su denegación, que son la mayoría), y en un caso extremo: el indulto parcial de un condenado por un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio y un delito de lesiones, además de varias faltas: se trataba de una persona que había circulado a gran velocidad por una autopista en sentido contrario hasta que colisionó con otro vehículo, ocasionando la muerte del conductor de este y lesiones a su acompañante y a los ocupantes de otros vehículos con los que encontró a su paso, habiendo rechazado el tribunal que le condenó que actuara bajo una crisis epiléptica, como alegó el individuo. En este caso, y a pesar de que el TS reafirma el carácter discrecional de la facultad de concesión del indulto y la no exigencia de motivación en los términos establecidos para los actos administrativos, acaba concluyendo que puede ejercer un control desde el punto de vista de la interdicción de la arbitrariedad, pues todos los poderes públicos se hallan sometidos a este principio constitucional (art. 9.3 CE). Con ello, el TS dio un salto

cuantitativo y transitó del control meramente formal de los elementos reglados a un control sustantivo que se adentra en las razones del indulto.

Este nuevo tipo de control judicial no se extiende «[...] sobre el núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar)» ni sobre «[...] las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente», pero sí examina «[...] si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” —que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)—, cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente». Se trata de comprobar que «[...] de esa “tramitación documentada” se desprendan las tan citadas “razones de justicia, equidad o utilidad pública”, legalmente exigibles, pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa». La misma sentencia sigue argumentando en estos términos: «[...] entre la intocable decisión de la concesión —o denegación— de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” —variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional—, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío». Y concluye: «Se trata pues de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica».

Esta importante sentencia —discutida, por otra, parte en diversos aspectos, como muestran los votos particulares que se formularon contra la misma— introduce, pues, un control judicial sustantivo de la racionalidad del ejercicio de la facultad de indulto (aplicable, debe entenderse, cuando este ha sido concedido), que consiste esencialmente en comprobar la conexión lógica entre los argumentos de justicia, equidad o utilidad pública expresados en el expediente y la decisión (positiva) de otorgar el indulto. Por tanto, se trata de verificar que consten tales argumentos en el expediente, aunque sin posibilidad de valorar su contenido, y que la decisión de concesión del indulto sea coherente o guarde una conexión lógica con los mismos. Por ello, en realidad estamos ante un control sustantivo pero externo que, a pesar de entrar en la sustancia del indulto, en la medida en que considera sus motivos, es en gran parte formal y no puede conducir de ningún modo a revisar materialmente el acierto, la oportunidad o la bondad de los argumentos esgrimidos, pues ello supondría sustituir la valoración del Gobierno, órgano titular de la facultad, por la del tribunal revisor. Si se han expresado en el expediente los motivos de justicia, equidad o utilidad pública que se han considerado, sin que el tribunal pueda entrar a valorarlos, y si la decisión de indultar guarda una relación lógica con los mismos, debe considerarse que no se trata de una actuación arbitraria.

Este control externo de racionalidad, que debe coexistir con la discrecionalidad en el ejercicio de la facultad de indultar y la libre apreciación de los motivos que justifican su

concesión, explica el tipo de decisión que adopta el TS cuando entiende que la decisión del Gobierno ha sido arbitraria: en caso de que haya sido concedido, no anula en realidad el indulto, sino que concede al Gobierno un plazo para que reconsidere o subsane su actuación. Así es como cabe entender que, en la referida Sentencia de 20 de noviembre de 2013, que anuló el Real Decreto de indulto, su ejecución se aplazara tres meses. Puede discutirse este fallo del TS, como hacen algunos votos particulares, pero no cabe duda de que con esta decisión se conjuga la discrecionalidad del Gobierno en la concesión o no de los indultos y el control judicial para asegurar que esta decisión no sea arbitraria.

Cuanto se ha dicho hasta aquí resulta relevante en relación con los indultos concedidos a los condenados a penas de prisión por la STS 459/2019. Todos estos indultos se han concedido, según expresan los correspondientes Real Decretos, «[...] atendiendo a las circunstancias del condenado (o en su caso condenada) y, en particular a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del ministro de Justicia», y porque «[...] se estima que concurren las citadas razones de utilidad pública». Por tanto, se recurre al motivo de la utilidad pública para justificar la decisión de indultar y se remite la argumentación acerca de la concurrencia de esta causa al expediente, que contiene la propuesta del ministro de Justicia. En esta, que no se publica en el BOE pero que es accesible a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que debe conocer los recursos interpuestos, se desarrollan ampliamente los argumentos en torno a la utilidad pública de conceder el indulto —que solo puede ser parcial, al contar con el informe desfavorable de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como tribunal sentenciador—, argumentos que, esencialmente, se basan en la conveniencia política de saldar las penas de prisión para propiciar la apertura de una nueva etapa de diálogo que encauce el conflicto de Cataluña. Se trata, sin duda, de una motivación política que el Gobierno, y solo él, puede aducir para justificar los indultos. En caso de revisión judicial, como efectivamente ocurre en este supuesto en virtud de los recursos planteados, el Tribunal Supremo, en aplicación de su doctrina, solo puede verificar si se expresan los motivos que conducen al Gobierno a considerar que concurre la utilidad pública y si la decisión de indultar guarda una conexión lógica con los mismos. Ambas cuestiones han sido tratadas con especial esmero en la propuesta del ministro que figura en el expediente, que es tan consciente de la doctrina del TS que la reproduce ampliamente, de tal modo que, en aplicación de la misma, puede concluirse que la concesión de los indultos satisface plenamente los requisitos de motivación y de racionalidad que se exige al ejercicio de la facultad de indulto.

Naturalmente, a esta conclusión no puede oponerse el hecho de que los Informes del TS como tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal sean desfavorables a la concesión de los indultos, porque, afirman, no aprecian la concurrencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública. En tales Informes aparecen algunas consideraciones sobre la conducta de los condenados, especialmente sobre lo que se denomina falta de arrepentimiento, y sobre los límites de la facultad de indulto, especialmente el previsto en el art. 102.3 CE, a las que me referiré después. Pero es claro que tales Informes no son vinculantes para el Gobierno (solo le impiden otorgar el indulto total) y, ello al margen de que no corresponde al Ministerio Fiscal ni al tribunal sentenciador entrar a valorar los eventuales motivos de utilidad

pública que puedan concurrir en el caso, o, al menos, no con carácter general¹². Se trata de una valoración política, como se ha dicho, que desborda el ámbito de las funciones del Ministerio Fiscal y de los tribunales, y que únicamente puede realizar el Gobierno. Solo una interpretación muy amplia de estas funciones permitiría incorporar consideraciones sobre la utilidad pública de los indultos, pero siempre limitados a lo que se considere próximo a la jurisdicción, como la política criminal o los efectos preventivos generales de las penas. En ningún caso pueden realizar valoraciones sobre la utilidad pública que vayan más allá, pues exceden claramente la naturaleza de su función.

La racionalidad de los indultos que se desprende de la valoración política realizada por el Gobierno en este caso, además, no solo no puede contradecirse —ni siquiera discutirse de igual a igual— por los tribunales, sino que se ve reforzada por la coincidencia con otras valoraciones políticas expresadas por diversas instituciones representativas en el ámbito interno y europeo que, aunque no dispongan de ninguna intervención en la facultad de indultar, sí pueden expresarse políticamente. Aunque en aplicación del canon de la interdicción de la arbitrariedad, que es de lo que se trata, no sean en absoluto necesarias para justificar la racionalidad de la decisión política de indultar, resultan muy relevantes para apoyar los argumentos acerca de la utilidad pública de los indultos concedidos las opiniones favorables manifestadas por el Congreso de los Diputados¹³ y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁴, a las que hay que sumar también las de diversas entidades sociales de muy distinto signo como el Círculo de Economía de Barcelona¹⁵, la Conferencia Episcopal Tarraconense y la propia Conferencia Episcopal Española¹⁶. No cabe duda de que, a partir de todo lo expuesto, la decisión de indultar a los condenados por la STS 459/2019 no puede calificarse de ningún modo como arbitraria. Una eventual anulación de estos indultos supondría un claro desbordamiento de la función jurisdiccional, una imposición de la valoración política de la Sala Tercera del TS sobre la del Gobierno, el Congreso de los Diputados y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

4. ALGUNAS CUESTIONES ESPECÍFICAS EN RELACIÓN CON LOS INDULTOS DE LOS CONDENADOS POR LA STS 459/2019

Creo que las cuestiones fundamentales que presentan los indultos que nos ocupan son las que he tratado sintéticamente en los apartados anteriores: la legalidad de su motivación política y el tipo de control judicial al que pueden someterse. No obstante, en este caso hay también otras cuestiones de interés que han generado controversia y que quisiera examinar muy brevemente.

4.1. LA PROHIBICIÓN DE AUTO INDULTOS EX ART. 102.3 CE

En primer lugar, creo que es bastante claro que no puede aplicarse a este caso la prohibición que establece el art. 102.3 CE, que limita tanto el ámbito subjetivo como objetivo de los indultos.

En efecto, el art. 102 CE dispone que el indulto no será aplicable al presidente y a los demás miembros del Gobierno por los delitos de «traición» o «[...] cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones», estableciendo así un límite expreso a la facultad del Gobierno de conceder indultos a sus miembros por determinados delitos que ha sido calificado a veces como una prohibición de conceder autindultos. La cuestión no tendría mayor trascendencia en este caso de no ser porque los Informes del Ministerio fiscal y del Tribunal Supremo hacen referencia esta prohibición constitucional, dando a entender pudiera ser aplicable, y porque después esta posición ha sido asumida por algunos sectores políticos¹⁷, incluyéndola entre los argumentos para oponerse a la concesión de los indultos.

Sin embargo, las razones que impiden aplicar en este caso tal prohibición son, a mi juicio, claras. Por una parte, la exigencia de una interpretación estricta de las normas prohibitivas —reforzada en este caso además porque se trata de una norma no favorable— impide incluir en la prohibición a los miembros de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas y, mucho menos aún, a personas que no ostentaban ningún cargo público en el momento de realizar las conductas que después han sido penalizadas. Las consideraciones que, con carácter general, incluyendo también a los Sres. Jordi Cuixart y Jordi Sánchez, realiza el Tribunal Supremo en este sentido, me parecen completamente injustificadas y fuera de lugar.

Por otra parte, es claro también que la exclusión se refiere solo a determinados delitos («traición» y delitos «contra la seguridad del Estado»), que no son la causa de la condena en la STS 459/2019, pues, descartada claramente la malversación de estas categorías, la sedición se incluye entre los delitos contra el orden público (Título XXII del Código penal), pero no entre los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional (Título XXIII) y ni siquiera entre los delitos contra la Constitución (Título XXI). Por tanto, no concurren en este caso los presupuestos subjetivos y objetivos de la prohibición contenida en el art. 102.3 CE.

4.2. LA ALEGACIÓN DE FALTA DE ARREPENTIMIENTO

En segundo lugar, hay que notar que la «falta de arrepentimiento» se usa con profusión en los Informes del TS y de la Fiscalía para oponerse a la concesión de los indultos. Esta alusión, como ya se ha dicho, enlaza con los argumentos esgrimidos por el propio TS cuando anuló la concesión de ciertos regímenes de cumplimiento de las penas acordados por la Administración penitenciaria (régimen flexible del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario y tercer grado), que aludían a la necesidad de seguir tratamientos penitenciarios de reeducación y de reinserción conectados con los delitos por los que se les condenó (especialmente, el de sedición), y a la necesidad de reconocer el delito, condiciones ambas para obtener la aplicación de regímenes penitenciarios más favorables¹⁸.

De acuerdo con la Ley de Indultos, el tribunal sentenciador debe valorar en su informe diversos extremos referidos a la conducta individual del condenado, y «[...] especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado» (art. 25 Ley Indulto). En este caso, la valoración de esta circunstancia presenta algunas particularidades

importantes. La primera, muy llamativa, consiste en que el TS atribuye ciertas conductas a todos los condenados, de forma indiscriminada y colectiva, es decir, sin individualizar, como si fueran un solo y único sujeto. Ya se ha hecho referencia antes a esta cuestión, que resalta más aun cuando se trata de valorar algo tan vinculado a la conducta de cada persona como su «arrepentimiento», y que no puede justificarse en el hecho de que los condenados no hayan respondido a la llamada del TS para aportar información personal al expediente, pues dicha información hubiera podido obtenerse de otras fuentes, y mucho más en el caso de personas con una considerable relevancia pública que han estado expuestos constantemente a los medios. Pero la segunda resulta aún más significativa y problemática: cómo se entiende el arrepentimiento en este caso y cómo se valora en relación con la conducta —genérica— de los condenados para justificar la oposición al indulto.

El Tribunal Supremo afirma: «[...] esta Sala no puede hacer constar en su informe la más mínima prueba o el más mínimo indicio de arrepentimiento. Ni siquiera flexibilizando ese requerimiento legal y liberando su exigencia de la necesidad de un sentimiento de contrición por el hecho ejecutado, podríamos atisbar una voluntad de reencuentro con el orden jurídico menoscabado por el delito. El mensaje transmitido por los condenados en el ejercicio del derecho a la última palabra y en sus posteriores declaraciones públicas es bien expresivo de su voluntad de reincidir en el ataque a los pilares de la convivencia democrática [...]».

Obviando ahora la muy discutible caracterización del arrepentimiento, sea lo que sea, como un «requerimiento legal del indulto», lo cierto es que para el TS el arrepentimiento se manifestaría si los condenados expresaran una determinada posición política o ideológica: una «[...] voluntad de reencuentro con el orden jurídico menoscabado». Esto constituye ya un juicio de valor sobre la conducta de los condenados que resulta extremadamente subjetivo, y, en todo caso, muy distinto del que realiza el ministro de Justicia en su propuesta de indulto, que analiza de forma detallada actuaciones y declaraciones concretas e individuales de los mismos. Pero, sobre todo, en esta posición late una exigencia de cambio ideológico de los condenados, aunque se diga que ello no es así¹⁹. No se trata de que estos reconozcan los hechos y acepten sus consecuencias penales, como es obvio que ha sucedido, incluyendo las responsabilidades económicas, sino también de que modifiquen su visión sobre estos mismos hechos. La diferencia esencial entre el TS y los condenados en esta causa no está en la determinación de los hechos, sino en su naturaleza: para el TS, se subsumían en el delito de sedición; para los condenados, se trataba de un ejercicio de derechos fundamentales, especialmente la libertad de reunión y manifestación y de expresión, vinculada a los derechos de participación política, garantizados para quienes ostentaban cargos representativos por la inviolabilidad parlamentaria. En este contexto, el arrepentimiento exigido consiste en la aceptación de la concepción del TS, y no solo de su autoridad y de las consecuencias de su decisión.

Ciertamente, el TS, al resolver las cuestiones previas, había rechazado en su Sentencia 459/2019 que los hechos enjuiciados pudieran justificarse como ejercicio de derechos fundamentales. También el Tribunal Constitucional, cuando ha resuelto los recursos de amparo contra la misma, ha confirmado esta posición²⁰. Pero ello no significa que los

condenados no puedan legítimamente sostener otra concepción ni que esta no pueda ser razonable, como se desprende de los votos particulares a estas mismas sentencias del Tribunal Constitucional²¹. Las concepciones del TS y de los condenados sobre la naturaleza de los hechos no se encuentran, ciertamente, en el plano jurídico, en pie de igualdad, ni tienen, obviamente, las mismas consecuencias, como muestran las largas condenas a prisión que conlleva la sentencia del TS. Pero ello no implica que el TS ni ningún otro órgano o institución puedan pretender modificar la de los condenados, haciendo que admitan como delictivas conductas que ellos entienden justificadas en el ejercicio de derechos fundamentales. Como ha indicado el Síndic de Greuges de Catalunya, exigir que adopten el punto de vista del TS o que manifiesten otra posición vulnera su libertad ideológica²².

4.3. EL CARÁCTER PARCIAL DE LOS INDULTOS: LA NO REMISIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA

En tercer lugar, hay que considerar muy brevemente el carácter parcial de la concesión de los indultos, que remiten las penas de privación de libertad pendientes de cumplimiento, pero no la de inhabilitación absoluta que también les había impuesto la STS 459/2019, por el mismo tiempo de las penas de prisión. De este modo, las personas indultadas siguen privadas de los «[...] honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos» y sometidos a la «[...] incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido(a) para cargo público durante el tiempo de la condena». Tratándose de condenas de entre 9 y 13 años de prisión, ello supone que estas personas, todas ellas con una larga trayectoria de dedicación política y, en la mayor parte de los casos, también institucional, quedan apartadas durante un largo período de tiempo de la vida pública institucional.

Los motivos de utilidad pública esgrimidos para la concesión de los indultos, que incidían esencialmente en la necesidad de abrir una nueva etapa política y de restablecer los canales de comunicación con Cataluña, y que resaltaban el papel político destacado que juegan en Cataluña las personas indultadas, hacen pensar si no hubiera resultado congruente con estos motivos remitir también esta pena, aunque tal remisión fuera parcial, por imperativo legal, al contar con el informe desfavorable del tribunal sentenciador. Apartar a estas personas de la vida política institucional, incluyendo los cargos representativos, no solo les afecta a ellas —con un considerable impacto personal, además, dada su trayectoria—, sino también a los ciudadanos que se sienten representados en sus posiciones políticas. Además, y en la medida en que esta inhabilitación, incluyendo la privación del sufragio pasivo, no impide su participación en la vida política fuera de las instituciones públicas, pueden producirse situaciones paradójicas y de difícil gestión.

4.4. EL CONDICIONAMIENTO DE LOS INDULTOS

Finalmente, cabe hacer una alusión al condicionamiento que se establece en los Reales Decretos de indulto que se están considerando. Estos disponen que el indulto se concede

«[...] a condición de que no vuelva a cometer delito grave» en un plazo que oscila, según los casos, entre los tres y los seis años».

Admitiendo la posibilidad de establecer condiciones a la concesión de indultos, posibilidad reconocida en la propia Ley (art. 15 y 16), no deja de resultar sorprendente, a la vista de su justificación en los motivos de utilidad pública, que puedan quedar sin efecto por conductas que nada tienen que ver con la actividad política o, en general, pública de los afectados. Porque, en efecto, la mención a los «delitos graves» —asumiendo que se trata de delitos que tienen anudadas penas calificadas como graves por el art. 33.2 del CP²³— remite a conductas de muy diversa naturaleza, la mayor parte de las cuales no guarda relación alguna con las actividades públicas. Tampoco se trata de asegurar un comportamiento cívico ejemplar, apartado del delito, por parte de los indultados, pues ningún reproche se les ha hecho en este sentido. Más bien al contrario, se trata de un condicionamiento que no guarda relación ni con las penas indultadas ni con los motivos de utilidad pública alegados para justificar los indultos y que, por ello, no solo es incongruente, sino que podría generar situaciones bastante incomprensibles y perturbadoras si en el futuro se produjera una eventual condena por una conducta que nada tuviera que ver con la vida política, pero que comportara una resolución del indulto y, por tanto, un posible reingreso en prisión, o un alargamiento considerable del tiempo de prisión si la nueva pena impuesta lo fuere de privación de libertad.

5. LOS INDULTOS DEL *PROCÉS* EN SU CONTEXTO: LA NECESARIA DESPENALIZACIÓN DEL CONFLICTO POLÍTICO DE CATALUÑA

Los indultos de los condenados a prisión por la STS 459/2019 se producen en el marco de un conflicto político sobre el que hay también otras causas judiciales abiertas que afectan a un considerable número de personas. Se hace difícil, por ello, pensar que los motivos de utilidad pública esgrimidos para justificar estos indultos deban limitarse a estos nueve casos. Estos indultos obligan a plantear también otras situaciones, entre las que destacan, aunque no son las únicas, la de los exiliados. Para finalizar estas páginas quisiera realizar algunas observaciones sobre esta cuestión, que puede plantearse en general en términos de despenalización del conflicto político de Cataluña, y que, a mi entender, la concesión de los nueve indultos no ha zanjado, sino que va a seguir estando presente en el debate, jurídico y político en torno a este conflicto. Cada uno de los elementos que se señalan a continuación merece un examen mucho más extenso del que aquí resulta posible realizar. Por ello, me limitaré a hacer algunas observaciones en torno a los mismos, referidas especialmente a la presencia que puedan tener en el debate futuro.

La primera cuestión que cabe plantear, creo, es la situación de aquellas personas que, estando encausadas por los mismos hechos, se hallan en el exilio²⁴ y, por tanto, no han podido ser juzgadas. La Ley del Indulto excluye de la facultad de indultar a los procesados que no hayan sido condenados por sentencia firme y a los que no estuvieren a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena (art. 2). Sin embargo, de

acuerdo con la misma Ley, esta exclusión no opera respecto de determinados delitos. La Ley original de 1870 excluía en su art. 3²⁵ los delitos contra la Constitución y contra el orden público (entre estos últimos se encuentran los de rebelión y de sedición²⁶), y la reforma introducida por la Ley 1/1988²⁷ mantuvo estos delitos, entre los que quedaban excluidos de los requisitos de condena firme y encontrarse a disposición del tribunal²⁸, siguiendo así la tradición histórica respecto de la facultad, de carácter netamente político, de indultar los delitos de rebelión y sedición. Por ello, no existe impedimento legal para conceder un indulto avanzado a aquellas personas que se hallan procesadas en España por los mismos hechos, calificados por el TS como delitos de sedición. Es más, no dejaría de resultar extraña la celebración, si finalmente se produjera, de un juicio penal a estas personas, sabiendo que, en buena lógica, por los mismos motivos de utilidad pública, iban a ser indultadas. Incluso en el caso de que el Gobierno de aquel momento decidiera no indultar —algo posible, dado el carácter discrecional del indulto—, la situación resultante no dejaría de ser muy problemática.

En segundo lugar, hay que considerar la posible reforma o incluso la eventual supresión del delito de sedición en el Código Penal. Su actual configuración legal debe mucho a la tradición autoritaria histórica española y presenta graves problemas de compatibilidad con las garantías constitucionales democráticas, como ha sido denunciado por una parte de la doctrina²⁹ y en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional³⁰. No podemos examinar aquí los problemas relativos a la taxatividad del tipo delictivo y a la proporcionalidad de la pena, que son las dos grandes cuestiones que suscita la actual regulación del delito de sedición, y tampoco el (sin)sentido de su inclusión en el Código Penal de una sociedad democrática moderna, pero no cabe duda de que los bienes jurídicos que legítimamente pueda proteger esta figura penal pueden ser tutelados por otros medios de un modo mucho más claro, previsible, proporcional y respetuoso con los derechos fundamentales y las prácticas propias de las sociedades democráticas.

Finalmente, en el debate sobre el conflicto de Cataluña aparece la cuestión de la amnistía. Desde luego, esta resolvería con carácter general (naturalmente, si se proyectara sobre todos los hechos acaecidos alrededor del referéndum del día 1 de octubre de 2017) la situación judicial de todas las personas con condenas o causas pendientes por estos hechos, con ventajas evidentes sobre los indultos: estos deben ser individuales y su concesión es discrecional por parte del Gobierno (con lo cual no hay un derecho al indulto ni puede exigirse jurídicamente una igualdad de trato respecto de otros casos), mientras que la amnistía es general y se aplica a un colectivo indeterminado de personas en relación con ciertos hechos. Además, sus efectos son definitivos y permanentes y borran la consideración penal de los hechos, y no solo sus efectos punitivos, y aun parcialmente, como es el caso de los indultos. El indulto remite a la idea de perdón, y el perdón presupone el delito. De ahí las reticencias morales que algunos han expresado, y que explican, significativamente, por ejemplo, que los indultos concedidos mediante los Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio, no hayan sido solicitados por los condenados por la STS 459/2019, o que estos hayan rechazado intervenir directamente en el expediente, como les ofreció el Tribunal Supremo, pues, como se ha dicho ya, sostienen la íntima convicción de que su actuación estaba justificada

por el ejercicio de derechos fundamentales, incluida la representación política. La amnistía, en cambio, apela al olvido y supone un *fresh start* que permite inaugurar un tiempo nuevo.

Las razones de los indultos concedidos pueden ser también las que justificarían una amnistía. La inclusión de la utilidad pública como motivo fundamental del indulto y los argumentos utilizados para justificar esta utilidad pública —que no es sino, como se ha dicho, una valoración política— resultarían perfectamente congruentes con la aprobación de una amnistía, que no debería buscar sus fundamentos mucho más allá de los motivos de utilidad pública ya esgrimidos para la concesión de los indultos. La decisión de amnistiar es una decisión política de primera magnitud que aplicaría con carácter general la misma solución que se ha adoptado ya para los nueve condenados por la STS 459/2019 y que se encaminaría, con mayor determinación y, probablemente, con mayores posibilidades de éxito, hacia los mismos objetivos a los que se dirigen los indultos.

La posibilidad de aprobar una ley de amnistía ha sido negada, no obstante, desde algunas posiciones jurídicas, que consideran que la Constitución no la permite y esgrimen el argumento principal de que esta no contempla tal posibilidad y que, además, prohíbe expresamente los indultos generales (art. 62 i), a los que se equipara una eventual amnistía. Estas consideraciones, sin embargo, pueden ser discutidas con fundamento, pues aunque resulte claro que la amnistía no forma parte del derecho de gracia *ex art. 62.i CE* y, por tanto, no puede ejercerse del mismo modo³¹, esta podría producirse con base en una ley, situándose en un plano completamente distinto. El hecho de su no previsión explícita nada dice, en principio, acerca de su admisibilidad constitucional, e incluso podría jugar a su favor. En efecto, las constituciones españolas, desde la del Sexenio Revolucionario de 1869, han distinguido entre las figuras del indulto general y la amnistía: la Constitución de 1869 exigía una ley especial para que el rey fuera autorizado para conceder «amnistías e indultos generales» (art. 74.5); en la de la Restauración, de 1876, desapareció esta exigencia legal especial, y la facultad de indultar se atribuyó al rey, sin mención a la amnistía, lo cual no fue obstáculo para que se aprobaran al menos diez durante su vigencia³²; y la Constitución de la Segunda República, de 1931, distinguió expresamente los indultos generales (que se prohibieron, a la vez que los individuales se sometieron a un régimen restrictivo) y las amnistías, que solo podían ser acordadas por el Parlamento (art. 102). Por tanto, históricamente, norma fundamental ha distinguido entre indultos generales y amnistías, y cuando ha querido someter a estas a un régimen especial, lo ha establecido expresamente. Así, no solo no cabe incluir sin más la amnistía en la institución de los indultos generales, sino que la historia constitucional española obliga a diferenciar entre las dos figuras.

Ambas instituciones presentan, en efecto, numerosas diferencias, de carácter cualitativo, especialmente cuando la amnistía es acordada por ley. El indulto pertenece a la categoría de la gracia, que hoy se otorga solo con carácter individual y por motivos que, aunque también pueden ser de utilidad pública, como se ha visto, normalmente se fundamentan en las razones de justicia y equidad que se aprecian en un caso individual, mientras que la amnistía es una institución esencialmente política y de aplicación y efectos generales. En consecuencia, ambas figuras presentan características muy distintas: desde el órgano que las decide (Gobierno y Parlamento, respectivamente), la forma que adoptan (decreto y ley), su

fundamento y finalidad (motivos de justicia, equidad y utilidad pública, y motivos esencialmente políticos), su naturaleza jurídica (causa de extinción, total o parcial, de la responsabilidad penal, y derogación retroactiva singular de la ley penal), y sus efectos jurídicos (extinción anticipada de la responsabilidad penal y supresión retroactiva de la misma).

Por tanto, y debiendo establecerse una nítida distinción entre ambas instituciones, no puede predicarse sin más la equiparación de la amnistía con el indulto general y, por tanto, derivar la exclusión de la primera de la prohibición de la segunda en el sistema constitucional español vigente. Cuando menos, debe concederse que se trata de una cuestión debatible, que puede incluso contar con algunos precedentes bajo la vigencia de la Constitución de 1978³³. Por ello, resulta muy sorprendente que, con argumentos exclusivamente jurídicos, se impida la tramitación de iniciativas de este tipo en el Parlamento³⁴. Se trata de una cuestión política de gran trascendencia, pero en ningún caso de algo que pueda zanjarse exclusivamente en términos jurídico-constitucionales antes incluso de su planteamiento en sede parlamentaria. Impedir su debate en el Parlamento constituye un signo preocupante del estrechamiento cada vez más acusado del marco constitucional, y provoca una limitación del debate y la deliberación políticos que perjudica enormemente la función de representación que debe ejercer el Parlamento en una sociedad democrática.

NOTAS

1. En el plano político hay que resaltar los pronunciamientos en contra de la concesión de estos indultos por parte de diversos partidos (en especial, Partido Popular, VOX y Ciudadanos), y la campaña de recogida de firmas llevada a cabo por el PP. Resulta también ilustrativa, en este sentido, la publicación de un manifiesto sobre los indultos por parte de un centenar de juristas, impulsado por la plataforma Consenso y regeneración (publicado en *Vox Populi* el 18 de junio de 2021).
2. Son conocidas las críticas a la figura del indulto por parte de Beccaria, Kant, Bentham y Feuerbach, entre otros. *Vid.* una síntesis de estas posiciones en Carracedo Carrasco (2028).
3. Guardando un evidente paralelismo con la inejecución de las sentencias en otros órdenes jurisdiccionales.
4. Sin embargo, en algún voto particular a la Sentencia 5997/2013, de 20 de noviembre, algún magistrado expresa su opinión en contra, pero no tanto en el sentido de que la concesión de indulto no deba ser motivada, sino de que tal motivación se contenga formalmente en el decreto de concesión (voto particular de J. Rodríguez-Zapata).
5. Algunos consideran, no obstante, que la reforma legal de 1988 excluyó la obligación de motivar (*vid.* C. (Aguado Renedo: 2001: 224 ss). Otros autores critican la reforma legal de 1988, por entender también que elimina, al menos formalmente, la exigencia de motivación en el decreto de concesión; *vid.* Pérez Francesch y Domínguez García (2002: 25 s.).
6. Enmienda n. 6 a la Proposición de Ley de modificación de la Ley de 18 de junio de 1870, al art. 30, presentada por el grupo socialista, cuya motivación dice escuetamente «Adaptación de terminología».
7. Como hace también un voto particular a la STS 5997/2013 (voto particular de E. Espín y de C. Picó).
8. Doctrina sintetizada en la STS 5997/2013, citada.

9. El voto particular de Díez-Picazo a la STS 5997/2013 indica expresamente el carácter político de la decisión de indultar como una de sus justificaciones.

10. Así, entre otras, SSTS de 20 de febrero, 9 de mayo y 29 de mayo de 2013; 11 de enero 2006; 2 de diciembre de 2005, 30 de enero de 2005; 16 de febrero de 2005; 3 de junio de 2004 y 27 mayo de 2003.

11. En el mismo sentido, después, se han pronunciado también otras SSTS (así, *v. gr.*, las SSTS de 27 de septiembre de 2016, 20 de marzo de 2018 y 26 de octubre de 2020).

12. No puede tratarse aquí específicamente el Informe emitido por el TS, de fecha 26 de mayo de 2021, pero no deja de ser sorprendente, de entrada, que sea conjunto para todos los condenados y que no trate muchos de los extremos que indica el art. 25 de la Ley del indulto en relación con cada uno de ellos, sino que, fundamentalmente, se explye en la defensa de su sentencia condenatoria, con consideraciones diversas acerca de la justicia y proporcionalidad de la pena, en atención a la gravedad de los hechos, sobre los que vierte numerosas valoraciones políticas, y sobre el castigo que merecen conductas similares, en su opinión, en el Derecho penal comparado. Sorprende también que, insistiendo en el argumento de la falta de arrepentimiento en el que basó en gran parte las resoluciones por las que denegó a los condenados la aplicación de determinados regímenes de cumplimiento penitenciario (régimen flexible del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario y tercer grado), en este Informe atribuya también determinadas expresiones y conductas individuales —que valora como antidemocráticas, en un juicio netamente político— al conjunto de los condenados, de forma indiscriminada, y de ellas extraiga la conclusión, que aplica también por igual a todos, de que el indulto «[...] se presenta como una solución inaceptable para la anticipada extinción de la responsabilidad penal».

13. El Pleno del Congreso rechazó el 15 de junio de 2021 por una amplia mayoría (190 votos en contra) una moción presentada por el grupo parlamentario popular en contra de la concesión de los indultos.

14. Resolución 2381 (2021), adoptada el día 21 de junio de 2021, («Should politicians be prosecuted for statements made in the exercise of their mandate?», Informe del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos, ponente Boris Cilevics).

15. *Vid.* prensa del día 16 de junio de 2021, sobre el 36 Encuentro anual del Círculo [en línea] <<https://www.lavanguardia.com/economia/20210616/7534967/cercle-economia-reunion-indultos-catalunya-presos.html>>, y <<https://www.expansion.com/catalunya/2021/06/16/60ca022de5fdea7f2a8b4659.html>>.

16. *Vid.* prensa del día 24 de junio de 2021, que se hace eco de esos apoyos [en línea] <https://www.abc.es/sociedad/abci-conferencia-episcopal-apela-dialogo-cataluna-pero-desde-respeto-marco-juridico-202106241216_noticia.html>.; y <<https://elpais.com/espana/2021-06-24/la-conferencia-episcopal-sobre-el-problema-catalan-no-vale-decir-yo-me-siento-esto-o-lo-otro-no-se-puede-elevar-el-sentimiento-a-categoria-juridica.html>>.

17. Intervención del diputado del grupo popular Sr. Rojas García en la sesión del Congreso de los Diputados del día 15 de junio de 2021, en defensa de la moción como consecuencia de la interpelación presentada por este Grupo «sobre la disposición del Gobierno a indultar a los condenados por el Tribunal Supremo a penas de prisión por sedición y otros delitos graves, así como a reformar ciertos tipos delictivos del Código Penal, todo ello como pago político a sus socios secesionistas». (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, n. 111, de 15 de junio de 2021, 67 ss.).

18. *Vid.* por todos el ATS de 22 de julio de 2020, en el recurso contra el otorgamiento del régimen flexible previsto en el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario a la Sra. Forcadell.

19. El Informe sigue diciendo, a continuación del texto citado, que «[...] asumiendo incluso que la lucha por sus ideales políticos —de indudable legitimidad constitucional— autorizaría la movilización ciuda-

dana para proclamar la inobservancia de las leyes, la sustitución de la jefatura del Estado y el unilateral desplazamiento de la fuente de soberanía».

20. SSTC 121 y 122/2021, ambas de 2 de junio, sobre los recursos de J. Sánchez y de J. Cuixart, respectivamente, únicas dictadas hasta el momento en relación con estos casos.

21. Votos particulares de los magistrados J.A. Xiol y M.L. Balaguer

22. Informe del Síndic de Greuges «Afectació de drets en l'execució penitenciària de la sentència 459/2019 del Tribunal Suprem», de noviembre de 2020, esp. 20 ss.

23. Penas graves son, entre otras, las de prisión superior a cinco años, la de privación del derecho a conducir vehículos de motor por un tiempo superior a ocho años, la prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por un tiempo superior a cinco años, o la prohibición de acercarse a la víctima o a sus familiares o de comunicarse con determinadas personas, por un tiempo superior a cinco años.

24. Exilio se define en el *Diccionario* de la RAE como: «1. Separación de una persona de la tierra en que vive. 2. Expatriación, generalmente por motivos políticos».

25. Art. 3: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en los Capítulos 1º y 2º, Tít. 2º, Libro 2º, y Capítulos 1º, 2º y 3º, Tít. 3. del mismo Libro del Código Penal últimamente reformado».

26. Libro II, Título III (delitos contra el orden público), Capítulo primero (rebelión) y Capítulo segundo (sedición) del Código Penal de 1870 (Ley provisional autorizando el planteamiento del Código Penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870, publicada en la Gaceta de Madrid de 31 de agosto de 1970, Suplemento al n. 243).

27. El nuevo art. 3 establece: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal»

28. Libro II, Título II (delitos contra la seguridad interior del Estado), Capítulo III (rebelión) y Capítulo IV (sedición), del Código Penal de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el texto refundido del Código Penal), en versión vigente cuando se aprobó la Ley 1/1988. Las referencias legales que contiene el art. 3 vigente de la Ley del Indulto, redactado según la Ley 1/1988, deben entenderse, naturalmente, referidas al Código Penal vigente en aquel momento, y, por tanto, en la actualidad, a los delitos equivalentes en el Código Penal actual, que presenta una estructura y una clasificación diferentes.

29. *Vid.* García Rivas (2020: 135 ss.) y otros trabajos anteriores del mismo autor, que se pronuncia sobre el delito de sedición en el mismo sentido crítico.

30. Votos particulares a las SSTC 121 y 122/2021, cit.

31. Así, claramente, STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2.

32. Una abundante y precisa información sobre amnistías e indultos generales concedidos a lo largo de la historia constitucional española en Herrero Bernabé (2012: 163 ss.).

33. En efecto, aunque no se presenten formalmente como nuevas amnistías, tanto la Ley 1/1984, que consideró imprescriptibles las acciones en materia laboral que había establecido la Ley de amnistía de 1977 (y que puede considerarse una precisión de la misma, y no una nueva amnistía, como hace la STC 147/1986, cit.) como, sobre todo, la Ley Orgánica 3/2002, relativa a la insumisión al cumplimiento del

servicio militar obligatorio (cuya Disposición transitoria estableció que «[...] serán cancelados de oficio [...] los antecedentes penales derivados de dichos delitos incluso en el caso de sentencias totalmente ejecutadas», en lo que puede considerarse de hecho una amnistía), constituyen precedentes importantes en esta materia que, cuando menos, no autorizan a descartar completamente la amnistía en el sistema constitucional español actual.

34. Como ha sucedido con la Proposición de Ley orgánica de amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español, presentada por el Grupo Parlamentario Republicano y el Grupo Parlamentario Plural el 16 de marzo de 2021 e «inadmitida a trámite en términos absolutos».

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, César (2001): *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid: Civitas.

ATIENZA, Manuel (2018): «Un indulto sin gracia», *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, 13, 2018.

CARRACEDO CARRASCO, Eva (2018): *Pena e indulto: una aproximación holística*, Madrid: Aranzadi.

FLIQUETE LLISO, Enrique (2017): «Indulto y poder judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?», *Persona y Derecho*, 76.

GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo (2015): *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA RIVAS, Nicolás (2020): «Rebelión y sedición en la STS 459/2019: razones para una legítima discrepancia», en J.J. Queralt (dir.), *La sentencia del procés. Una aproximación académica*, Barcelona: Atelier.

HERRERO BERNABÉ, Ireneo (2012): *El derecho de gracia: indultos*, Tesis doctoral, Madrid: UNED.

PEDREIRA, Félix María (2020): *En defensa del indulto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís y Fernando DOMÍNGUEZ GARCÍA (2002): «El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva», *Revista de Derecho Político*, 53.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021.

Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021.